

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

Francisco Bernate Ochoa



Colección Textos de Jurisprudencia



UR

Imputación objetiva y responsabilidad penal médica

Francisco Bernate Ochoa



COLECCIÓN TEXTOS DE JURISPRUDENCIA

© 2010 Editorial Universidad del Rosario
© 2010 Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario,
Facultad de Jurisprudencia
© 2010 Francisco Bernate Ochoa
© 2010 Manuel Cancio Mejía, por el Prólogo

ISBN: 978-958-738-086-6

Primera edición: Bogotá D.C., marzo de 2010
Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Claudia Ríos
Diseño de cubierta: María Angélica Quinche
Diagramación: Ángel David Reyes Durán
Impresión: Javegraf
Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 No. 13-41, oficina 501 • Tel: 297 02 00, ext. 7724
Correo electrónico: editorial@urosario.edu.co

Todos los derechos reservados.
Esta obra no puede ser reproducida sin el permiso previo escrito
de la Editorial Universidad del Rosario

Bernate Ochoa, Francisco
Imputación objetiva y responsabilidad penal médica. / Francisco Bernate Ochoa.
—Facultad de Jurisprudencia. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2010.
312 p.—(Colección Textos de Jurisprudencia).

ISBN: 978-958-738-086-6

Derecho penal / Responsabilidad médica / Ética médica / Práctica médica /
Responsabilidad legal / Atención médica / I. Título / II. Serie.

346.0332 SCDD 20

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Prólogo.....	13
Introducción	17
Capítulo I	
La teoría de la imputación objetiva	45
1. La causalidad	45
2. Teorías para la solución de los problemas que plantea la causalidad	47
3. Los orígenes y las corrientes actuales sobre la teoría de la imputación objetiva.....	58
3.1. La propuesta de Roxin.....	62
3.2. La propuesta de Jakobs	67
4. ¿Crisis de la teoría de la imputación objetiva?	73
5. Conclusión	75
5.1. La adopción de la propuesta normativista de la imputación objetiva	75
5.2. La forma de operar de la imputación objetiva. Imputación objetiva en sentido amplio y en sentido estricto	79
Capítulo II	
La creación de riesgos desaprobados	91
1. Introducción	91
2. Fuentes del riesgo permitido en materia de responsabilidad penal médica	93
2.1. Fuentes del riesgo permitido.....	93
2.2. El acto médico. Concepto y proyección del riesgo permitido en cada una de las fases del acto médico.....	102
3. El riesgo permitido y los deberes del profesional de la salud en cada una de las fases del acto médico	104

3.1. El diagnóstico	104
3.2. Tratamiento	156
3.3. Post-tratamiento	159
4. El principio de confianza en la actividad médica.....	160
4.1. Introducción.....	160
4.2. Generalidades	162
4.3. En concreto, medicina y principio de confianza	166
4.4. La aplicación del principio de confianza en algunos casos problemáticos en la actividad médica.....	169
4.4.1. Principio de confianza y abandono de compresas o material quirúrgico en la humanidad del paciente	169
4.4.2. Aplicación del principio de confianza en procedimientos experimentales	174
4.4.3. Principio de confianza y manejo de equipos en desarrollo del acto médico	174
4.4.4. Principio de confianza y empleo de capacidades ajenas	176

Capítulo III

Realización de riesgos	183
1. Generalidades	183
2. Supuestos en que se excluye la realización del riesgo	187
2.1. Exposición de la problemática y presentación de casos concretos	187
2.2. El ámbito de aplicación de la norma y la teoría del incremento del riesgo	197
2.2.1. El ámbito de aplicación de la norma	197
2.2.2. La teoría del incremento del riesgo.....	209
3. Análisis de casos concretos sobre realización de riesgos en materia médica	212
3.1. Problemas concretos sobre realización de riesgos en las fases del acto médico	213
3.2. La culpa por asunción del riesgo.....	216
3.2.1. Presentación de la problemática	216
3.2.2. Tratamientos innecesarios para la salud del paciente....	218

3.2.3. El estado de necesidad como excluyente de responsabilidad en casos de asunción del riesgo. Referencia a la colisión de deberes	219
3.3. Realización de riesgos en casos en los que una omisión del profesional de la salud posibilita la lesión de un tercero	221
4. Particularidades	222
4.1. La Responsabilidad penal por el producto	223
4.2. La responsabilidad derivada de la transmisión de enfermedades nosocomiales	226
4.3. Derivadas de manipulación de hemoderivados.....	227
Capítulo IV. Delito de omisión y responsabilidad penal médica	231
1. Presentación y delimitación de la temática.....	231
2. Omisión	231
2.1. Concepto e identidad estructural con la conducta activa	231
2.2. Actuar y omitir. Diferencias	245
3. Clases de omisión	250
3.1. Omisión propia	255
3.1.1. Concepto.....	255
3.1.2. Elementos.....	255
3.2. Omisión impropia.....	268
3.2.1. Concepto.....	268
3.2.2. Elementos propios	268
4. La posición de garante del profesional de la salud	281
4.1. La posición de garante derivada del error en el diagnóstico	283
4.2. Posición de garante derivada de la medicación y otros casos en que la posición de garantía surge de la injerencia	289
4.3. Posición de garante derivada del cuidado del paciente. La obligación de seguridad de clínicas y hospitales.....	293
Bibliografía.....	297

*A mi mamá,
Victoria Eugenia Ochoa*

*The grass was greener
The light was brighter
The taste was sweeter
The nights of wonder
With friends surrounded
The dawn mist growing
The water flowing
The endless river*

*"High hopes"
Pink Floyd.*

Prólogo

Agradezco muy sinceramente a *Francisco Bernate Ochoa* el gran honor que me hace al proponerme prologar este trabajo; un beneficio más de los vínculos que unen a quienes se ocupan del Derecho penal a ambos lados del Atlántico, y que también existen desde la Universidad Autónoma de Madrid hacia muchos colegas colombianos.

I

Hasta el día de hoy parece claro, por un lado, que no hace falta convencer a ningún penalista en Europa o en América Latina –y mucho menos en los EE.UU.–, práctico o teórico, de que la cuestión de la responsabilidad jurídico-penal del personal sanitario adquiere cada vez mayor importancia, tanto en la práctica como en la discusión teórica. Por otro lado, parece claro también que nadie interesado en la disciplina y con formación continental pondrá en duda que la teoría de la imputación objetiva ha tenido una influencia importante en el actual modo de entender la tipicidad. Por ello nada puede aportarse aquí para subrayar la conveniencia y actualidad del tratamiento del objeto del presente trabajo: cae por su propio peso. Estando esto tan claro, quizás haya aquí espacio para entrar en algunas consideraciones periféricas respecto de los dos objetos de estudio que en el presente texto se funden: la responsabilidad del médico en el marco de la relación médico-paciente y la teoría de la imputación objetiva.

II

El grado de desarrollo de la posible responsabilidad jurídico-penal del médico en su actividad en relación con el paciente es un reverso de la estructura de toda la relación médico-paciente.

La representación habitual del actual estado de evolución de esa relación suele consistir, en lo que alcanzo a ver, en la bibliografía jurídica, en lo esencial –permítase una simplificación– en presentar el momento actual como el

del triunfo de la autonomía sobre la vieja medicina hipocrática de orientación paternalista. Estaríamos pasando actualmente –no en vano la Ley decisiva en España se llama Ley de *Autonomía del Paciente*– de una relación asimétrica marcada por el principio de beneficencia a una relación de igualdad entre médico y paciente en la que la autonomía (y autorresponsabilidad) del paciente se convierte en principio dominante y requiere del profesional sanitario una modificación de su posición, en particular, el cumplimiento de amplios deberes de información frente al paciente. Correlativamente, pasaríamos –así esta representación– de una situación de *medicus legibus solutus*, también en el ámbito penal, a una situación de posible hiperjuridificación (incluyendo la penal), productora de la temida medicina defensiva.

Sin embargo, también puede pensarse que de ese modo no queda correctamente descrita la evolución habida. Posiblemente aquello que suele denominarse “medicina hipocrática” –frecuentemente, en lo que alcanzo a ver, sencillamente en el sentido de “medicina precientífica” (anterior al S. XIX)– no sólo tenía rasgos paternalistas, sino incorporaba también elementos de la medicina tradicional popular, en la que las relaciones entre el enfermo y quien lo trata no implican siempre supra- y subordinación. Por otra parte, la medicina del siglo del triunfo de la autonomía, del liberalismo, la medicina científica del siglo XIX, estaba lejos de no ser paternalista: la científicación de todo el proceso curativo, la preeminencia de una visión biologicista-mecanicista, sus batas blancas, su tendencia al aislamiento de acuartelamiento militar introducido con el moderno sistema hospitalario, etc. (*Foucault*), era/es paternalista. Implica cierta pulsión paternalista, ya que conlleva la definición de un concepto objetivo de salud determinado de modo científico, externo al paciente; su autonomía no está presente en el núcleo de ese concepto de salud. Parece la base del entendimiento de salud que actualmente predomina en nuestra sociedad sigue anclada en esa aproximación científico-objetiva: la medicina es una actividad orientada por la ciencia hacia el restablecimiento de la normalidad corporal. Sin embargo, puede ser que dicho modelo esté comenzando a cambiar. Los impresionantes avances en materia de ciencias de la salud y en biología han comenzado a transformar el concepto de salud y de la relación médico-paciente. Como señala *Beck*, en cierto modo la cada vez más amplia divergencia entre las posibilidades de diagnóstico y las de tratamiento –lo que conduce a cada vez más enfermos crónicos– supone

la exacta inversión del modelo hospital-taller de reparación: el paciente ya no es extraído temporalmente de la sociedad para ser devuelto sano a ella, sino que es devuelto por el sistema sanitario, sin necesidad de más contacto que el ambulante, con la calificación de enfermo sin previsible curación.

Si se toman estos dos factores que influyen en la definición de la relación médico-paciente, por ejemplo, en la concreta regulación del ejercicio de la autonomía del paciente: consentimiento informado, se observa que el modelo está sometido a grandes tensiones, es sectorialmente esquizofrénico. Por un lado, pervive el pensamiento objetivista-paternalista de la aproximación científica a la medicina. Por otro, la pérdida del referente de la curación como horizonte de la actividad del médico abre el campo para la identificación de la necesidad de decisiones autónomas por parte del paciente (¿someterse a un tratamiento doloroso que no prolonga la vida?; ¿querer o no querer conocer un diagnóstico genético?); las legislaciones de Occidente establecen la autonomía como principio rector. Y recuérdese que –sin entrar en detalles– el respeto o la vulneración de esa autonomía es la puerta por la que se accede a la responsabilidad penal del profesional sanitario en este ámbito. Sobre determinadas cuestiones, debe decidir libremente, sin que el médico le deba influir, el paciente en ejercicio de su autonomía, siempre que sea responsable. Es el médico quien debe decidir si el paciente es responsable. Es el médico quien debe decidir qué información resulta adecuada a las características del paciente. En conclusión: el conflicto está preprogramado.

III

La evolución de la teoría de la imputación objetiva es la historia de un éxito. Desde que se construyeron sus primeros elementos –en su formulación actual–, sobre todo por *Roxin*, a principios de los años setenta, ha dominado la discusión doctrinal y, finalmente, también la jurisprudencia en Alemania o España, y está muy presente en la jurisprudencia de las cortes supremas –y, desde luego, en el debate académico– de muchas repúblicas americanas. Si se recorren las diversas fases de desarrollo de esta evolución dogmática, arrancando en *Larenz* y llegando, claro está, a *Roxin*, pero teniendo en cuenta también aportaciones como la de *Welzel* a través de la adecuación social, o las que derivan de la obra de *Englisch*, o la construcción presentada por *Gimbernat* a principios de

los años sesenta, así como las aportaciones de *Jakobs y Frisch*, se alcanza la conclusión de que más allá de la aproximación *tópica* al desarrollo de esta teoría como compendio de cursos causales irregulares, cabe atribuirle una función propia dentro de la teoría del tipo. Sólo así se podrá evitar que al amparo de su novedosa denominación resurja el exasperante casuismo y el nudo recurso a la equidad propio de las antiguas teorías individualizadoras de la causalidad. Una comprensión *integradora* de la teoría de la imputación objetiva como criterio objetivo de determinación de los significados típicos de las conductas previstas en la Ley permite su inclusión en la teoría del tipo. Desde esta perspectiva –cuyas bases fueron desarrolladas fundamentalmente por *Jakobs y Frisch*–, la imputación del resultado en sentido estricto se convierte en un apéndice teórico, y la imputación objetiva consiste en delimitar objetivamente, dentro del marco típico posible por la formulación, qué conductas se identifican materialmente con el sentido del tipo.

Queda claro, por ello, por qué con cada vez mayor frecuencia los supuestos extraídos del ámbito médico formen parte del elenco de casos a los que aproximarse con ayuda de la teoría de la imputación objetiva: con su tecnificación, elevados estándares de exigencia en procedimientos de seguridad, alta especialización de los profesionales, en fin, con unos materiales normativos muy ricos para dar forma a las instituciones de riesgo permitido, prohibición de regreso o competencia de la víctima. El Derecho penal médico y la imputación objetiva, aunque no crecieron en el mismo lugar, están hechos el uno para la otra.

IV

Los temas abordados en este libro, como antes se decía, no sólo son de interés teórico. Su tratamiento dogmático es materia de debate en los tribunales de modo cotidiano. También por ello cabe desear a la obra una amplia difusión que contribuya a la convergencia de teoría y *praxis*.

Cantoblanco, 25 de noviembre de 2009

Manuel Cancio Meliá

Introducción

I

La constitución colombiana de 1991 supuso un cambio radical, no solamente en lo que tiene que ver con la configuración normativa en cuanto tal del ordenamiento jurídico colombiano, sino también en las prácticas tanto de los operadores jurídicos como de los ciudadanos en general. En cuanto a la transformación en la configuración del ordenamiento jurídico colombiano, encontramos que, en la actualidad, a diferencia que sucedía en épocas pretéritas, la legislación excepcional, fruto del poder ejecutivo es realmente una excepción, como debe ser, y la aplicación directa de la constitución para resolver casos concretos en la práctica del día a día de los ciudadanos es hoy una realidad, realidad que algunos llaman “*constitucionalización del derecho*”.

En lo que tiene que ver con el impacto de la nueva constitución en el día a día de los ciudadanos, encontramos en las denominadas acciones constitucionales mecanismos a través de los cuales los colombianos resuelven sus diferencias día a día y ya forma parte de su lenguaje cotidiano la constitución.

Entre los derechos que más desarrollo han tenido desde la Carta del 91 tanto en la jurisprudencia como en la práctica, encontramos el derecho a la salud. Si bien una primera mirada a la Carta Política permitiría concluir que fue intención del constituyente no considerar el derecho a la salud como un derecho fundamental, sino como un derecho fundamental por conexidad con el derecho fundamental a la vida, o incluso como un derecho programático, una cuidadosa observación de los tratados internacionales sobre la materia permitiría entenderlo como fundamental a la luz de la conocida teoría del bloque de constitucionalidad.

Pues bien, la consagración constitucional del derecho a la salud y la posterior expedición de la Ley 100 de 1993 conocida como Ley de la Seguridad Social propendían por el acceso universal a la salud en unas condiciones favorables para todos los habitantes del territorio nacional, situaciones, una y otra –nos referimos al acceso y la calidad en la prestación del servicio a la sa-

lud- que se encontraban para la fecha de la expedición de la normatividad en materia de seguridad social en unas condiciones lamentables, en tanto que el acceso a la prestación del servicio de salud no cubría una parte significativa de nuestra población, y las condiciones en las que se prestaba este servicio no eran las mejores.

La Ley 100 de 1993 y sus posteriores Decretos reglamentarios –bastantes– modificaron el sistema legislativo nacional sustancialmente pero la mejoría que se buscaba en la situación de la salud para los colombianos, lamentablemente, no llegó jamás. Es cierto que la solución y el sistema propuesto por la Ley 100 del año 1993 es correcta para aumentar la cobertura del sistema de salud, pero lamentablemente las prácticas que se generaron tras su expedición han deteriorado de manera significativa la calidad en la prestación de este servicio, con lo que se comprueba aquel axioma según el cual las leyes pueden ser perfectas, pero su aplicación siempre depende de seres humanos, falibles por naturaleza.

Así pues que se introdujeron en el sistema de seguridad social entidades que buscan un ánimo de lucro y cuyas variables se miden en términos económicos, para un servicio en el que el lucro y la planificación económica no deben ser factores a ser tenidos en cuenta. Lo anterior generó una serie de prácticas que atentan contra los pacientes y, así, casos en los que los colombianos dejaron de ser atendidos en clínicas y hospitales del país por no estar al día en sus pagos, centros de salud que no cuentan muchas veces con el instrumental necesario (son famosos los casos de traslados de pacientes de un centro asistencial a otro en medios de transporte público por la carencia de ambulancias, o porque, contando con las ambulancias, no se cuenta con el combustible para transportarlas), pacientes a los que no se les practicaron los exámenes necesarios por ahorrar el costo que ellos suponen, limitaciones en el tiempo de las consultas médicas, hacinamiento en centros asistenciales, retraso en la práctica de exámenes necesarios, inagotables trámites administrativos para la práctica de exámenes o la obtención de medicamentos y otro tipo de dificultades se volvieron la cotidianidad de nuestro país.

La situación tampoco es mejor para el otro extremo de la ecuación, esto es, las instituciones y los profesionales encargados de la prestación del servicio de salud. Por una parte, en lo que tiene que ver con las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, el sistema de seguridad social partía de

una base en la que las instituciones atienden a los pacientes y posteriormente las entidades a las que estos se encuentren afiliados les deberían entregar los dineros que se hubieren generado en el tratamiento del paciente. Pero la ecuación falló cuando las entidades comenzaron a glosar -muchas veces sin fundamento- las cuentas presentadas por las instituciones, o incluso, a no pagar lo que efectivamente debían.

Así pues que las instituciones y las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud vieron mermados significativamente sus ingresos, lo cual generó una desmejora en la situación laboral de los profesionales de la salud. De esta manera se establecieron para los médicos sistemas de remuneración muy bajos que de ninguna manera permiten un pronto regreso de la inversión que ellos hacen en sus estudios y sistemas de cumplimiento de tiempos en lo que tiene que ver con la atención a pacientes, así como límites a la formulación de exámenes diagnósticos,¹ todo, como es lógico, con un criterio económico.

Como ejemplo de ello, la Sentencia del 8 de mayo de 1997 del Consejo de Estado de Colombia se refiere a un caso en el que una entidad hospitalaria se niega a realizarle una diálisis a un paciente por razones económicas. Se trata de un caso en el que la no práctica de la diálisis que requería el paciente se debe a que, por su estado general de salud, el paciente no tenía posibilidades de recuperación por lo que las autoridades de la institución hospitalaria entonces decidieron descartarlo como usuario del tratamiento para dárselo en cambio a alguien con mayores posibilidades de vida y así lo consignaron en la respectiva historia clínica (!). El Consejo de Estado en esta sentencia se refiere a los argumentos y la actuación del Hospital como “denigrante” e “infame”.

¹ La no aplicación de todos los exámenes necesarios para la realización del diagnóstico genera responsabilidad para el profesional de la salud o para la institución de la salud según de quien provenga la decisión de no aplicarlos. Al respecto, sentencia del Consejo de Estado de Colombia del 10 de febrero de 2000. Interesante resulta a estos efectos hacer referencia a la Sentencia del Consejo de Estado del 17 de agosto de 2000, en la que la entidad demandada omitió realizarle a una parturienta exámenes indispensables para establecer el proceso de embarazo, como son el monitoreo uterino y el estudio pelvimétrico y, posteriormente, cuando la referida madre se presentó a la entidad para ser atendida en el trabajo de parto, “pese a presentar un estado de salud que ameritaba una atención médica urgente (“fuertes contracciones y sangrado vaginal”), la realización de la cesárea se produjo ocho horas después de haber ingresado a la clínica”. Señala el Consejo de Estado que un “diagnóstico acertado y una atención médica oportuna y adecuada, habrían evitado el estallido del útero y la expulsión del *nasciturus* al abdomen de su madre, con las graves consecuencias para la salud de ambos”.

En Colombia la situación llegó al extremo en el que las instituciones de salud negaban la salida de los pacientes por no pagar las cuentas. Al respecto se pronunció la Corte Constitucional en la Sentencia T-487 del 11 de agosto de 1992.

El Tribunal Nacional de Ética Médica se ocupa en Sentencia del 28 de marzo de 2000 de un caso en el que, como consecuencia de una fractura en el cuello del fémur, una persona sufre problemas renales crónicos, por lo que es hospitalizada. Durante la hospitalización presenta un proceso infeccioso de la rodilla izquierda por el desplazamiento de los clavos colocados como consecuencia de la fractura. Tras haber sido valorada por el médico general y por el especialista, se le da una orden de hospitalización pero, al no estar al día con sus pagos frente a su Entidad Prestadora de Salud, no se le siguió presentando la atención hospitalaria.

Un caso aberrante es el que contiene la sentencia del Tribunal Nacional de Ética Médica del 25 de junio de 2002, en el que una paciente es abusada en una primera ocasión por su médico tratante y debe regresar en dos ocasiones más al mismo médico tratante por cuanto era el único autorizado por su EPS para tratarla. En efecto, el médico abusó de ella en tres ocasiones. Para la fecha de los hechos la mujer contaba con escasos 17 años.

El Tribunal de Ética Médica del Valle del Cauca, Colombia, se ocupa de un caso en el que a una paciente se le realiza en una clínica privada un examen para determinar su condición física. El diagnóstico es de peritonitis para ser determinado por cirujano. Ocho horas después, el cirujano confirma el diagnóstico y la remite para cirugía. Al no contar con los recursos económicos para la cirugía, la paciente es operada por un cirujano residente. La intervención fue normal pero se abandonó una compresa en el cuerpo de la paciente (apósito quirúrgico de olor fuerte de 25 cm. de largo por 10 cm. De ancho).²

Los médicos igualmente tienen que subsistir, de manera que, por una parte acatan este tipo de políticas y, por otra, asumen simultáneamente varios turnos de trabajo para poder sobrevivir dignamente. Así, en Colombia no es infrecuente tener profesionales de la salud que tengan turnos de hasta veinte horas al día para poder sobrevivir, con las complicaciones y los riesgos que eso supone para

² Sentencia del 17 de febrero de 1999.

los pacientes e incluso encontramos casos de médicos que tratan de llevar a los pacientes que ingresan por el sistema de seguridad social a la consulta privada.

Como muestra de lo anterior tenemos el caso que plantea el Tribunal Seccional de Ética Médica de Caldas en Sentencia de junio 28 de 1995. Se trata de una situación en la que una paciente es remitida a una institución desde una zona rural para ser intervenida quirúrgicamente. El médico que recibe a la paciente se niega a intervenirla expresando que el hospital no se encontraba en condiciones de realizar la cirugía, pero le manifiesta a su hija que si los gastos médicos del procedimiento son cancelados de manera particular, sí se cuentan con los recursos para garantizar el acto médico quirúrgico.

Ante una situación como ésta, es apenas lógico que se produzcan errores médicos, lo cual –y desde ya dejamos claro que el error es algo que puede o puede no presentarse– es un riesgo presente en toda actuación humana pero las condiciones legales, técnicas y humanas en Colombia hacen que cada vez su ocurrencia sea mayor.

La existencia de intermediarios en la prestación del servicio de salud generó una relación distante entre el médico y su paciente, paciente que será visto en adelante como un número y no como una persona y que encontrará en su camino por nuestro sistema de seguridad social una serie de intermediarios y una falta de continuidad en el tratamiento que pone en riesgo su existencia misma^{3/4}. Ese trato distante e inhumano que reciben nuestros pacientes o sus familiares por parte de los profesionales de la salud genera roces y conflictos entre los médicos y los pacientes o sus familiares, conflictos que usualmente terminan en la interposición de denuncias o demandas en contra de los profesionales de la salud, las que cada vez son mayores.

³ Señala el Tribunal Nacional de Ética Médica: “...*hoy la medicina por sus portentosos adelantos tecnológicos ha adquirido unos costos económicos excesivamente altos y que, por los cambios políticos, legislativos económicos y sociales que se han presentado en los últimos años el ejercicio de la medicina como se había venido haciendo durante muchos años se ha modificado de manera sustancial y hoy la clásica relación médico-paciente ha desaparecido de manera casi total*” Sentencia del 28 de marzo de 2000.

⁴ El Consejo de Estado en Sentencia del 11 de diciembre de 1992 se ocupa de un caso en el que una persona fue tratada como un número y no como una persona, lo cual denota la despersonalización y lo indigno del sistema de salud en Colombia. Señala la Corporación: “*lo trataron como el paciente de la pieza número, lo mandaron a un laboratorio como un número*”.

Estas denuncias o demandas usualmente se originan a partir de este maltrato del cual han sido víctimas, como una venganza contra el profesional de la salud, y surgen como una *vindicta* de la familia contra el médico más que como una reclamación derivada de un error en la práctica médica, lo cual explica que en la mayoría (6 de 10) de los procesos que en Colombia cursan contra los médicos, los mismos resultan absueltos.

En la medida en que los Tribunales fueron profiriendo condenas en contra de los profesionales de la medicina, y en una actitud apenas comprensible por parte de estos últimos, se generó una actitud de prevención en el ejercicio de la actividad médica, en la que los profesionales de la salud ejercen su profesión de manera tal que eviten la posible interposición de demandas por parte del paciente o sus familiares, lo que se conoce como la *medicina defensiva*. En ejercicio de esta novedosa tendencia, insistimos, cautelar en el ejercicio de la profesión con miras a evitar una interposición de una reclamación judicial por parte del paciente o sus familiares, los médicos han generado conductas como la de evitar cualquier situación o afirmación que pueda generar esperanza a la hora de transmitir el diagnóstico, contrariando su deber legal de apoyo y acompañamiento al paciente, lo cual los muestra como seres distantes e insensibles frente a los pacientes o a sus familiares, generando el efecto contrario, esto es, el incremento en las reclamaciones.

La realidad es entonces muy preocupante. Por un lado, unos profesionales de la salud que laboran en condiciones difíciles, y por el otro, unos pacientes que encuentran un médico distante, descortés y que, por esas mismas condiciones laborales, no puede desarrollar su labor en debida forma. Esto ha desencadenado en un incremento sustancial de la interposición de denuncias y demandas por parte de los pacientes, lo que a su vez ha generado un creciente número de pronunciamientos jurisprudenciales, cada vez más exigentes frente a los profesionales de la salud, tendencia que no solo se presenta en nuestro país, sino que se encuentra presente con la misma intensidad en otras latitudes, como pasamos a analizar a continuación.

II

Los errores médicos no son, en absoluto, algo de los tiempos recientes, pues en la medida en que su ejercicio es tan antiguo casi como la misma humanidad, y, en la medida en que se ejerce por personas falibles por naturaleza, es claro que siempre han existido eventos en los que la intervención del curandero, en vez de favorecer la salud del paciente, la perjudica.

Sí es de tiempos relativamente recientes que los profesionales de la salud se encuentren a sí mismos en el banquillo de los acusados en los juicios por responsabilidad médica, juicios de carácter civil o administrativo, y, en tiempos más recientes, penales. En un principio, ni siquiera se iniciaban estos procesos, por la dignidad que al interior de la comunidad ostentaba el médico, pero, posteriormente y en una tendencia cuyo origen se encuentra en los Estados Unidos, se iniciaron los procesos por mala práctica médica, y esta tendencia fue rápidamente haciendo ahínco en diferentes Estados. Se trata, en todo caso de una tendencia cuyos inicios son de principios del Siglo XX pero cuyo mayor desarrollo se da en la segunda mitad del mismo siglo.

Durante la segunda mitad del Siglo XX los Tribunales comenzaron a condenar a los profesionales de la salud por hechos lesivos y empezó a gestarse la construcción teórica de la responsabilidad médica, con unas categorías apegadas a las de la responsabilidad civil en general y siguiendo los lineamientos que hasta el momento había trazado la teoría general del delito. Así mismo, se redactaron diferentes estatutos en los que se recogían los principios y la estructura de la responsabilidad médica, ejemplo de lo cual encontramos la Ley 23 de 1981, Código Colombiano de Ética Médica, y su reglamentación correspondiente, así como la Ley 41 de 2002 en España, Ley de Consentimiento Informado.

Consolidada ya la estructura y la teoría del acto médico, así como establecidas y decantadas ya las categorías de la responsabilidad médica, y existiendo ya las regulaciones pertinentes, la última mitad del siglo XX se presentaba simplemente como el establecimiento y el desarrollo de estas categorías, pero lo que realmente sucedió fue un incremento sustancioso en las reclamaciones por parte de los pacientes en contra de los profesionales de la salud, ante las diferentes jurisdicciones y, una reacción hacia esta situación por parte de los Tribunales frente a las situaciones que se presentaban consistente en una progresiva adecuación de las categorías jurídicas hasta entonces consolidadas con el fin

de condenar a los profesionales de la salud y establecer nuevas exigencias de comportamiento para ellos.

Esto es particularmente evidente en el caso colombiano, en el que el incremento en las reclamaciones, aunado a la desmejora en la prestación de los servicios de salud y al número creciente de reclamos y quejas por parte de los pacientes, condujo a un tercer momento en la evolución de la responsabilidad médica en nuestro país, en la que las decisiones judiciales son cada vez más drásticas frente a los profesionales de la salud, creando incluso categorías específicas para exigir un mayor grado de responsabilidad en aquellos casos en que el daño sea causado por un médico, categorías que no se aplican en los demás casos de responsabilidad.⁵

Como ejemplo de ello citamos algunos pronunciamientos jurisprudenciales que denotan esta tendencia en Colombia, como lo es el construir nuevas categorías de responsabilidad que implican un mayor compromiso para el profesional de la salud y que reflejan un interés por proteger, por la vía de decisiones judiciales, la parte más débil de la ecuación que supone el acto médico, el paciente. Antes de iniciar debemos señalar que en esta evolución ha jugado un papel trascendental el Consejo de Estado, cuya jurisprudencia es la que ha establecido los nuevos conceptos de avanzada en materia de responsabilidad médica. Y ello es de gran importancia para la cotidianidad de los usuarios del sistema de salud, en tanto que la mayoría de ellos acuden a entidades públicas cuando se trata de afecciones a su salud. Hecha esta salvedad, procedemos a probar nuestra afirmación a partir del análisis de una serie de instituciones que demuestran la tendencia a exigir cada vez más, responsabilidad a los profesionales de la salud.

⁵ En el caso francés se aprecia igualmente una tendencia a una cada vez mayor exigencia a los profesionales de la salud. Así, jurisprudencialmente se había establecido la responsabilidad del médico solo ante riesgos conocidos, previsibles –a título de ejemplo, puede consultarse, por ejemplo, el famoso caso Bianchi–. En una trascendental decisión del 15 de enero de 1999 la Corte de Apelaciones de París afirmó la responsabilidad de un profesional aún cuando el daño que se le ocasionó al paciente era una complicación hasta entonces desconocida y aún en ausencia de culpa. Se trata de un caso en el que un paciente luego de una osteotomía de la infraestructura maxilar superior bajo anestesia queda con ceguera total del ojo derecho. Lo que sucedió fue que la paciente había sido víctima de un accidente vascular debido a la onda de choque provocada por el impacto del cincel sobre el diente y la obstrucción de la arteria oftálmica que privó el ojo derecho de toda irrigación, lo que provocó la ceguera.

En primer lugar, encontramos lo sucedido en la jurisprudencia penal en relación con la coautoría en el delito culposo.⁶ Doctrinalmente aún es bastante discutida la posibilidad de establecer la coautoría en el delito culposo, en tanto que se entiende que en este nivel se maneja un concepto causal de la autoría en el entendido de que autor es quien causa el resultado,⁷ lo cual se desprende de la lectura misma de la manera en que se encuentran redactados los delitos imprudentes en la parte especial del Código Penal, que establecen fórmulas como “*el que por culpa matare a otro*” para el homicidio culposo o “*el que por culpa causare lesiones a otro*” para el caso de las lesiones personales culposas^{8/9}.

Adicionalmente, la exigencia del acuerdo previo para la coautoría hace inviable que se pueda aplicar esta figura al delito culposo, en el que no se presenta, precisamente, el acuerdo sobre la causación del resultado. En Colombia la jurisprudencia nunca se había referido a un evento de coautoría en delitos culposos, a pesar de existir una considerable cantidad de pronunciamientos sobre el delito imprudente en el punto del homicidio culposo y especialmente el peculado culposo.

Pues bien, en sentencia del 8 de noviembre de 2007 Colombia tomó partido por admitir la coautoría en los delitos imprudentes, precisamente, en punto de la responsabilidad médica.

⁶ Un interesante caso en el que hay intervención imprudente de dos médicos y se produce un resultado lesivo lo trae la sentencia del 16 de enero de 1986, proferida por el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal. Se trata de un caso en el que un paciente ingresa para ser intervenido quirúrgicamente porque padece de una orquiepididimitis. Tras la operación, el paciente se encuentra en cama y transmite a los médicos una serie de molestias que lo afectan. Por ello, el médico A formula una serie de medicamentos. Este médico, por ser quien ha tenido mayor contacto con el paciente, conoce que éste es alérgico a la estreptomina. Posteriormente, el médico B, quien no tenía relación anterior con el paciente y no había sido informado por el médico A sobre la alergia del paciente, aplica un medicamento que contiene penicilina y estreptomina, este último, antibiótico al que el paciente es alérgico. El paciente fallece como consecuencia de una reacción instantánea al medicamento.

⁷ STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal. Parte General. El hecho punible*. Trad. De CANCIO MELÍA, Manuel y SANCINETTI, Marcelo. Ed. Thomson Civitas. Madrid, 2000, p. 441.

⁸ *Ibíd.*

⁹ El Código Penal Italiano contiene una norma expresa sobre la exigencia de la causalidad. Señala la norma que el evento dañoso o peligroso del cual depende la esencia del delito debe ser la consecuencia de la acción u omisión del agente. Sobre esto, PALAZZO, Francesco. *Corso di diritto penale. Parte Generale*. G. Giappichelli Editore. Turín, 2005, p. 227. DONINI, Massimo. *Illecito e colpevolenza nell'imputazione del reato*. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 292. PULITANO, Domenico. *Diritto penale*. G. Giappichelli Editore. Turín, 2005, p. 214.

Se trata de un caso en el que a una mujer en estado de aproximadamente 25 semanas de embarazo se le había diagnosticado una '*placenta previa*', e ingresó un Hospital de Bogotá después de manifestar síntomas de sangrado vaginal y expulsión de coágulos por dicho conducto, por lo cual recibió la atención y el tratamiento que le prescribió un médico adscrito a dicha entidad, quien le dio de alta 2 días después.

Debido a que volvió a sangrar, la mujer ingresó una vez más al Hospital siete días después, en donde fue atendida en un principio el director del Hospital, quien, entre otras cosas, le realizó un tacto vaginal para efectos de determinar la gravedad de su estado.

En los días siguientes, el cuidado y atención de la paciente estuvo a cargo del médico que la había atendido la primera vez, quien posteriormente consideró necesaria la remisión de la paciente a un centro hospitalario de mayor complejidad para que se continuara con el tratamiento. Después de intentar de manera infructuosa que la paciente fuera recibida por las vías regulares en otra institución, su esposo, ante la sugerencia de los doctores, salió por sus propios medios en compañía de la mujer con el fin de que fuera atendida de urgencias en otro el hospital en donde fue recibida doce días después de su primera llegada al hospital.

Habiendo sido intervenida quirúrgicamente en dicho centro hospitalario, la mujer dio a luz de manera prematura a una criatura pero, debido al estado en que se encontraban y a que no presentaron mejoría alguna, los dos fallecieron. El juzgado que conoció del proceso los condenó como coautores de homicidio culposo a la pena de 36 meses de prisión.

Tras realizar una juiciosa disquisición sobre la teoría de la imputación objetiva, la Corte Suprema de Justicia realiza una diferenciación entre la coautoría propia y la impropia, señalando que la primera se presenta en el caso en el que varias personas causan, sin acuerdo previo, un resultado (autorías paralelas). Por su parte, se presenta la coautoría impropia -en criterio de la Corte- cuando concurren una división plural del trabajo, una decisión común al hecho y un aporte significativo durante la ejecución del mismo.

Tras hacer diversas citas de diferentes autores, la Corte entiende que en el delito imprudente puede concurrir lo que ella denominó coautoría propia, por lo que mantiene en firme la condena en contra de los dos médicos. Nótese cómo

en este caso se crea por parte de la Corte Suprema de Justicia una nueva categoría, como lo es la coautoría en el delito culposo, para exigir una mayor responsabilidad a los profesionales de la salud, con lo que ya podemos empezar a comprobar el incremento de la exigencia de responsabilidad hacia estos profesionales.

Sobre la coautoría en el hecho imprudente, encontramos un antecedente en el ámbito disciplinario, en el que el Tribunal Nacional de Ética Médica, en Sentencia del 12 de noviembre de 1992, se refirió a un caso en el que un docente permite que un residente de gineco-obstetricia aún no suficientemente adiestrado practique una cesárea sin su vigilancia. Debido a un error en el tratamiento, la vejiga de la parturienta se rompió, siendo procesados –insistimos que disciplinariamente– los dos por el hecho imprudente.

En esta tendencia de mayor exigencia de responsabilidad hacia los profesionales de la salud encontramos, en segundo lugar, lo sucedido en punto de la solidaridad en la responsabilidad civil derivada del abandono de compresas o material quirúrgico en un paciente. Si bien el caso no cuenta con un antecedente jurisprudencial específico que nos permita mostrar la evolución del tema en nuestra jurisprudencia, a nivel doctrinal estos casos se manejaban por la vía de la responsabilidad directa del encargado del conteo de las compresas, y se exoneraba de responsabilidad a los demás miembros del equipo médico.

En la Sentencia del 18 de mayo de 1995 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana estableció la solidaridad en la responsabilidad derivada del abandono de compresas o material quirúrgico en el cuerpo del paciente entre todos los miembros del equipo médico. En este importante pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia entiende que no solamente el médico es responsable de manera solidaria en aquellos eventos a los que estamos haciendo referencia, por cuanto es su obligación examinar las cavidades del paciente a fin de determinar la presencia de material quirúrgico en su humanidad, sino que además su responsabilidad es de “mayor entidad” frente a la de los demás miembros del equipo médico como responsable del equipo.¹⁰

¹⁰ Esta sentencia además permite la acumulación, en una misma demanda, de pretensiones de índole contractual y extracontractual.

En tercer lugar tenemos la aplicación de la carga dinámica de la prueba para relajar al paciente en cuanto a los requerimientos probatorios y establecer un mayor esfuerzo para el profesional de la salud.

En este punto, la evolución ha venido por cuenta de la jurisprudencia del Consejo de Estado,¹¹ quien había sostenido en un comienzo que se aplicaba el régimen de la culpa probada al ser la obligación médica de medios y no de resultados.¹² Esta postura fue criticada en varios fallos, -v. gr. fallo del 24 de octubre de 1990¹³ y finalmente se modificó en el célebre fallo del 30 de julio de 1992 en donde ya se adopta la tesis de la falla del servicio presunta. En adelante, como lo advierte el mismo Consejo de Estado, y de acuerdo con esta nueva tesis, deberán ser las entidades públicas demandadas quienes están en la obligación de probar la debida prestación del servicio para exonerarse

¹¹ Esta tendencia jurisprudencial no es compartida por la Corte Suprema de Justicia, que plantea que *“la carga de la prueba por el acto médico defectuoso o inapropiado corresponde al demandante(...) el riesgo que generan los actos médicos y quirúrgicos no debe ser asumido por éste, en razón de los fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y proponen ontológicamente y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina”*. Sentencia del 30 de enero de 2001.

¹² En este primer régimen, correspondía al paciente comprobar: Que el servicio no funcionó o funcionó tardío o irregularmente, que la conducta así cumplida u omitida causó un daño al usuario y comprometió la responsabilidad del ente estatal a cuyo cargo estaba el servicio y que entre aquella y ésta existió una relación de causalidad. Consejo de Estado, Sentencia del 24 de agosto de 1992. Un ejemplo de este anterior régimen lo encontramos en la sentencia del 28 de junio de 1984 en la que, luego de un programa de vacunación contra la viruela realizado en una escuela de Medellín, una menor resultó afectada de mielitis transversa con nivel sensitivo y motor DIO y compromiso de esfínteres vesical y rectal y posterior deceso. En este caso se absuelve a la entidad que realizó la vacunación por no haberse acreditado su culpa.

¹³ Se trata de un caso increíble en el que una señora de 41 años de edad asiste a un centro asistencial a realizarse una ligadura de trompas, y, como consecuencia de una indebida intervención médica, se le generó una lesión consistente en parálisis de los miembros inferiores con incontinencia urinaria y fecal de carácter permanente.

de responsabilidad,¹⁴ liberando al paciente de probar la culpa médica en cada caso.^{15/16}

Como puede inferirse, el relajar al paciente de la prueba de la falla médica y radicar esta obligación procesal en el profesional de la salud igualmente supone, como es evidente, una carga adicional para los facultativos, quienes antes estaban liberados de esta carga, y, por ende, se compadece con la evolución a la que estamos haciendo referencia.

En esta evolución, encontramos que no solamente el Consejo de Estado establece que es el demandado profesional de la salud quien debe acreditar lo adecuado de su actuación para exonerarse de responsabilidad, sino que además relajó la actividad probatoria del demandante en punto de la prueba del nexo de causalidad,¹⁷ cuando señaló que ésta “*queda probada cuando*

¹⁴ Según la tendencia actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado, las formas que tendría la Administración para liberarse de responsabilidad en asuntos de responsabilidad médica serían “demostrar que el daño por el cual se acciona, se produjo a pesar de la suficiente diligencia y cuidado suyo, o que sobrevino por fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o por el hecho exclusivo y determinante de un tercero”. Sentencia del 24 de enero de 2002.

¹⁵ Es necesario aclarar que en esta cuestión el Consejo de Estado ha trazado una diferenciación “entre los hechos referentes a la organización y funcionamiento del servicio y los que atañen al acto médico y quirúrgico propiamente dicho, los cuales aun cuando hacen parte de una misma actividad y propenden por la misma finalidad, son tratados jurisprudencialmente en el nivel que científicamente les corresponde y por ello, a los primeros les es aplicable la falla probada como título de imputación, en tanto que a los segundos conviene la falla presunta para deducir responsabilidad”. Se trata de un caso en el que un recién nacido se cae y el equipo de entubación se encuentra bajo llave por lo que no se logra brindarle la atención médica que necesita con un desenlace fatal, la muerte del menor. Señala sobre esta distinción el Consejo de Estado que “*Muchos son los casos en que con ocasión de la prestación del servicio público de salud, se incurre en fallas administrativas que por su naturaleza deben probarse y la carga de la prueba corresponde al demandante, tales hechos como el resbalar al penetrar en un consultorio, tropezar al acceder a la mesa de observación por la escalerilla, caída de una camilla, el no retiro de un yeso previa ordenación médica, o la causación de una quemadura cuando hay lugar a manipulación de elementos que puedan ocasionarla. En ellos, es natural que no proceda la presunción de falla deducida jurisprudencialmente para los casos de acto médico y ejercicio quirúrgico, y que consecuentemente deba el actor probar la falla del servicio como ocurrió en el caso sub análisis, habiendo demostración de la caída del menor por descuido de quienes lo tenían a su cuidado, y de la imposibilidad de atenderlo convenientemente, con los elementos de que se disponía, pero que no pudieron emplearse por encontrarse bajo llave.*” Sentencia del 11 de noviembre de 1999.

¹⁶ Señala el Consejo de Estado en la Sentencia del 13 de agosto de 1992 que al paciente le corresponde probar la existencia de un tratamiento médico o una actividad quirúrgica y que se produjo un daño, presumiéndose que este último lo ocasionó el servicio médico.

¹⁷ El Consejo de Estado señala que “*la ausencia de nexo causal corresponde a la parte que se sitúa en condiciones más favorables para demostrar la imputabilidad.*” Sentencia del 24 de enero de 2002.

*los elementos de juicio suministrados conducen a un grado suficiente de probabilidad”.*¹⁸

La tesis de la culpa presunta que aplica el Consejo de Estado no ha sido admitida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, que sostiene el régimen de culpa probada, es decir, incumbe al demandante el acreditar la culpa del profesional de la salud.¹⁹

En efecto, el estudio sobre esta cuestión se inicia con la paradigmática sentencia de nuestra Corte Suprema de Justicia del 5 de marzo de 1940. En ella, que consideramos marca el criterio que en adelante, la Corte seguirá aplicando aún en nuestros días, y es determinar la carga de la prueba a partir de la diferenciación entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado.

En esta primera ocasión, la Corte Suprema de Justicia de Colombia señala que por regla general la obligación asumida por el profesional de la salud es de medios y por ende es al paciente a quien corresponde probar la culpa del profesional de la salud. Por el contrario, en el caso de las cirugías plásticas con fines estéticos, al ser obligaciones usualmente contractuales en las que el médico se obliga a un resultado, será a éste a quien le corresponda acreditar la falta de culpa en su actuar. Es importante señalar que en esta primera sentencia la Corte señala que no solamente el paciente debe probar la culpa médica por regla general, sino que además le incumbe acreditar que el error fue “grave”.

¹⁸ Sentencia del 3 de mayo de 1999.

¹⁹ Sentencia del 26 de noviembre de 1986. Este criterio es igualmente aplicado por el Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, que en sentencia del 13 de julio de 1987 sostuvo que la culpa del médico y la relación causal entre la culpa y el daño sobreviniente incumbe probarla al paciente. Igual, lo mantiene en la sentencia del 28 de febrero de 1995. Sin embargo, en punto de manejo de fármacos objetivamente peligrosos para terceros señala el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en Sentencia del 17 de junio de 1989, que corresponde al médico anestesiólogo probar su diligencia en el manejo de los fármacos. Vale la pena destacar la sentencia del Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, del 2 de diciembre de 1997 en la que una persona se somete a un tratamiento para alcanzar una estatura superior a la que tenía, puntualmente, quería crecer siete centímetros más. Se sometió a una intervención que no terminó de manera exitosa quedando la paciente con las siguientes secuelas: ocho cicatrices en cada una de las piernas, pues en equino con rigidez a la movilidad de ambos tobillos de 10° en el derecho y 30° en el izquierdo y limitación global a la movilidad de los dedos del pie derecho, dismetría de 1,5 centímetros, parestesias por afectación del nervio peroneal y tibial y pérdida de fuerza muscular en la pierna derecha, triple artrodesis en el pie derecho. El Supremo señala que en este caso estamos frente a una obligación de resultados en el que se presume la culpa del médico. El Tribunal Supremo establece dos eventos en los que se invierte la carga de la prueba que son: a. cuando el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia y cuando b. se presenta obstrucción o falta de cooperación del médico constatada por el Tribunal. Tribunal Supremo Español. Sentencia del 26 de junio de 2006.

En sentencias del años 1942 (14 de marzo de 1942) y 1959, la Corte señala que el régimen previsto en el Código Civil para las actividades peligrosas es aplicable a la actividad médica,²⁰ con lo que mantiene el régimen señalado en la sentencia antes citada del año 1940, postura que reiterará en las sentencias de 12 de septiembre de 1985, 26 de noviembre de 1986, 8 de mayo de 1990, 12 de julio de 1994, y 8 de septiembre de 1998. Esta tesis tiene su más reciente pronunciamiento en la sentencia del 30 de enero de 2001.²¹

Como puede apreciarse, tenemos en la actualidad una disparidad de criterios en lo que tiene que ver con la carga probatoria que le compete al paciente, pues mientras que el Consejo de Estado lo relaja en lo que tiene que ver con la acreditación del error médico e incluso con la prueba del nexo causal, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil mantiene el régimen de culpa probada, con lo que el paciente debe demostrar todos los elementos de la responsabilidad, esto es, el error médico o culpa profesional, el daño y el nexo causal entre la culpa médica y el daño.

En lo que tiene que ver con la evolución jurisprudencial en Colombia en punto de la carga de la prueba de la imprudencia médica encontramos, a renglón seguido, un reciente pronunciamiento (22 de enero de 2008) de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en su Sala de Casación Laboral en el que este Alto Tribunal sostuvo dos cosas, en nuestro criterio, muy importantes que pasamos a comentar.

En primer lugar, la Sala señala que la competencia para conocer de los casos de responsabilidad médica en casos en que la prestación del servicio se hubiere realizado por las instituciones prestadoras de la Seguridad Social (que por supuesto constituyen la mayoría de los casos) recae en ella y no en la Sala de Casación Civil, cuya competencia estaría, de acuerdo con esta tesis, restringida a los casos de prestación del servicio médico derivados de la relación con-

²⁰ Sentencia del 14 de octubre de 1959 (G.J. No. 2217, pp. 759 y ss.), en la que se sostuvo como principio general que a la responsabilidad extracontractual del médico era *“aplicable el artículo 2356 del Código Civil por tratarse de actividades peligrosas”*.

²¹ En el derecho argentino, se admite la teoría de la carga dinámica de la prueba y se señala que, si bien la obligación del médico es de medios, corresponde por lealtad procesal probar que los *“padecimientos sufridos por el autor no se debieron por su culpa y que actuaron de acuerdo a las reglas del arte”*. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina, Sala F, Sentencia del 21 de julio de 2006.

tractual médico-paciente (escogencia libre del médico por parte del paciente y aceptación del tratamiento por parte del facultativo).

En segundo lugar, en esta sentencia la Corte asume el criterio del régimen de culpa presunta cuando literalmente señaló que “...*si al paciente se le ofrece por opinión docta una prestación de salud para su cura o alivio, y de ello se le deriva el agravamiento del mal o el padecimiento de otros nuevos, o en ocasiones la muerte, razonable es inferir que hubo error médico y culpa de quien realizó la práctica médica, la misma que se ha de desvirtuar con explicaciones que, por regla, solo las puede dar un especialista y el primer llamado a hacerlo es quien las recomendó o realizó, bastando para que ellas sean justificativas que se acredite un modo de comportamiento diligente, oportuno, adecuado...*”.²²

Así pues que el régimen de culpa probada, que por supuesto implica un mayor esfuerzo para los pacientes demandantes, se aplicará en la menor parte de los casos que aquellos en que el acto médico tiene origen en una relación contractual, mientras que la culpa presunta que relaja al paciente e implica una mayor carga probatoria para el profesional de la salud se aplicará en la mayoría de los casos, como lo son aquellos en que el acto médico tiene su origen en la seguridad social en punto del servicio de salud.

Es importante señalar que en los casos en que el acto médico tenga un origen contractual y el objeto del contrato sea la realización de procedimientos estéticos, la obligación será de resultados –de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil– por lo que igualmente aplicará el sistema de culpa presunta.

En resumen, dentro de la tesis que estamos argumentando en este momento, hemos sostenido que en los tiempos recientes se han aumentado las exigencias de responsabilidad a los profesionales de la salud en actuaciones propias de lo que se conoce como “acto médico”. En dicha materia, uno de los puntos que mejor muestra esta situación, en nuestro criterio, es el trasladar exigencias procesales, y específicamente probatorias que originariamente se encontraban en cabeza del paciente, al profesional de la salud. En este punto, como lo hemos demostrado, el Consejo de Estado pasa de un régimen de culpa probada a

²² Sentencia de enero 22 de 2008.

uno de culpa presunta, en el que el médico es quien debe probar lo correcto de su actuar. Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mantiene un criterio de culpa probada salvo en lo que tiene que ver con obligaciones de resultado, pero, en un reciente pronunciamiento, la Sala de Casación Laboral de la misma corporación entiende que en los casos de demandas por usuarios del sistema de seguridad social en salud es el profesional de la salud quien debe acreditar lo correcto de su actuar.

Dentro de esta tendencia encontramos, en cuarto lugar, que obligaciones que tradicionalmente eran consideradas de medios adquieren ahora –gracias nuevamente a una evolución jurisprudencial– la categoría de obligaciones de resultados, como sucede, por ejemplo, en el campo de la obstetricia (especialidad que abarca el mayor número de procesos en contra de los médicos en Colombia), que en un principio se trabajaba como una obligación de resultados, pero que, a partir de la Sentencia del 17 de agosto de 2000, pasa a ser entendida como obligación de resultados.

Al respecto, señala el Consejo de Estado de Colombia:

En el campo de la obstetricia, definida como “la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”, la responsabilidad médica tiende a ser objetiva, cuando ab initio el proceso de embarazo se presentaba normal, es decir, sin dificultades o complicaciones científicamente evidentes o previsibles... En casos como éstos, parte de la doctrina se inclina por encontrar una obligación de resultado, puesto que lo que se espera de la actividad médica materno-infantil, es que se produzca un parto normal, que es precisamente la culminación esperada y satisfactoria de un proceso dispuesto por la naturaleza, en donde la ciencia médica acude a apoyarlo o a prever y tratar de corregir cualquier disfuncionalidad que obstaculice su desarrollo normal o ponga en riesgo a la madre o al que está por nacer. Lo especial y particular de la obstetricia es que tiene que ver con un proceso normal y natural y no con una patología.

En quinto lugar, y siguiendo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, encontramos una evolución jurisprudencial en la que es posible la condena a profesionales de la salud por la denominada “pérdida de oportunidad”²³ cuando, a pesar de haber obrado correctamente de acuerdo con el estado de la ciencia, o cuando no existe certeza sobre la causa del resultado lesivo para el paciente, por una omisión en el cumplimiento del deber de información, en la elaboración del diagnóstico,²⁴ ²⁵ e incluso por apresuramiento en la realización de un tratamiento,²⁶ se privó al paciente de la posibilidad de rehusar el tratamiento o

²³ El Consejo de Estado, en Sentencia del 15 de junio de 2000 se ocupa de un caso en el que un paciente sufre un accidente automovilístico como consecuencia del cual sufre una serie de lesiones a nivel craneal. Al paciente no se le practican los exámenes necesarios y posteriormente fallece. En este caso, el Consejo de Estado señala que si bien no es posible establecer que la omisión en la práctica de los exámenes sea la causa de la muerte, sí es posible señalar que si se hubiere obrado con la debida diligencia y cuidado no se hubiese hecho perder al paciente el chance o la oportunidad de recuperarse. El Consejo de Estado en Sentencia del 26 de abril de 1999 señala que los elementos de la pérdida de la oportunidad son: 1. Culpa del agente, 2. ocasión perdida que se traduce en el perjuicio, 3. ausencia de prueba de la relación causal entre la ocasión perdida y la culpa del agente, teniendo en cuenta que esa ocasión perdida es una probabilidad lo que hace que la culpa del agente no sea una condición sin la cual se frustré el resultado. Esta tendencia aparece igualmente en la jurisprudencia española, en la que encontramos un importante pronunciamiento en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, del 6 de marzo de 1995. Se trata de un caso en el que un niño arroja al hijo de los padres demandantes una piedra en la cabeza. Los padres llevan al niño al centro asistencial, donde no hay una persona que realice un encefalograma. El niño fallece. En la Sentencia el Tribunal Supremo afirma que hay una negligencia del centro asistencial por no contar con una persona que realice este examen, pues si se hubiere realizado el encefalograma a tiempo, el menor hubiera tenido una mayor oportunidad de que se le realizara una cirugía más efectiva que la que se le realizó. En Francia, podemos citar la Sentencia de la Corte de Apelaciones de París del 15 de noviembre de 2001 en la que los hechos son los siguientes: tras una intervención quirúrgica se confía un paciente a un médico de guardia quien durante cinco horas no detecta un hematoma que creó una complicación respiratoria. Según la Corte, estas cinco horas constituyen una pérdida de oportunidad para el paciente quien no hubiera sido víctima de una hemiplejía si hubiera sido operado antes.

²⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de abril de 1999. Señala el Consejo de Estado en este caso que la no realización de exámenes pertinentes que hubieran permitido efectuar un adecuado diagnóstico hizo que el paciente perdiera la oportunidad de obtener un tratamiento idóneo que le permitiera tener mayores opciones de preservar su vida.

²⁵ El Tribunal Supremo Español señala que la pérdida de oportunidad se puede presentar en los errores en el diagnóstico, el diagnóstico tardío e incluso en la fase del tratamiento cuando éste es tardío. Tal tardanza, si bien no produce la enfermedad del paciente, disminuye las posibilidades de curación. Sentencia del 8 de noviembre de 2007.

²⁶ La jurisdicción administrativa francesa se ocupa de un caso en el que los médicos obraron de manera apresurada realizando una histerectomía en la paciente, sin haber hecho un segundo examen de verificación del diagnóstico de cáncer que hizo perder a la paciente la oportunidad de sustraerse a una intervención quirúrgica en parte inútil. CAA de París, Sentencia del 7 de mayo de 2002.

de recibir otra terapia. Se trata de un caso muy interesante y una decisión trascendental que procedemos a comentar a continuación.

Se trata de la trascendental sentencia del 24 de enero de 2002, en la que se aborda un asunto en el que un Sargento Primero del Ejército de Colombia en uso de buen retiro es internado en un hospital para operarse de una lesión tumoral en el cuello (Glomus carotídeo de 8 x 6 cm.). Los facultativos les informaron tanto al paciente como a su cónyuge que la intervención era para mejorar el estado de salud del paciente y los riesgos de la operación fueron conocidos hasta después de realizada. Llevada a cabo la intervención (Cervicotomía en J y resección de Glomus Carotídeo), el paciente fue remitido a habitación pero tenía una congestión en la garganta que le impedía hablar.

Al día siguiente de la operación un facultativo de la institución le informó a la esposa del paciente que lamentablemente éste había quedado paralizado del lado derecho –lo cual le impidió volver a caminar- y sin habla, por lo que estuvo cuatro meses interno en el hospital.

A lo largo del proceso se estableció que la actuación de los facultativos había sido correcta desde lo técnico y que el resultado lesivo para el paciente era un riesgo que, atendiendo sus condiciones particulares, se desprendía del procedimiento a pesar, se insiste, de que el mismo había sido correctamente realizado. Era, en otras palabras, un riesgo inherente a la intervención.

Sin embargo, a pesar de lo correcto del procedimiento,²⁷ se estableció que dicho riesgo no había sido informado al paciente, por lo que se entiende que éste perdió la oportunidad de oponerse a la intervención generando una responsabilidad en cabeza del Estado por la cual debe ser indemnizado.^{28/29}

Nótese cómo, dentro del marco argumentativo que manejamos en este momento, es claro que ni siquiera obrando de conformidad con la *lex artis* los

²⁷ Es de anotar que el fallo de primera instancia había absuelto a la parte demandada considerando que los profesionales de la salud habían obrado correctamente, como en efecto se estableció en el curso del proceso.

²⁸ La oportunidad, señala el Consejo de Estado en esta sentencia, se refiere a que la el paciente hubiera tenido la oportunidad, si bien no de curarse, de no agravarse y mantenerse en el estado en que se encontraba antes del procedimiento. Igual puede consultarse la sentencia del mismo Consejo de Estado del 14 de junio de 2002.

²⁹ Se trata de un concepto que ya había sido desarrollado por la jurisprudencia norteamericana, que señala que la práctica médica puede ser impecable pero cuando se produce un daño como consecuencia de un riesgo rutinario pero no informado, hay responsabilidad del médico.

profesionales de la salud pueden considerarse a salvo de una condena en los estrados judiciales, pues, en casos como el presente, a pesar de lo correcto del procedimiento, se produce una condena por infracción al deber de información. Esto constituye claramente una muestra de la tendencia a la que nos hemos referido en este apartado, como lo es el de un incremento en la exigencia de responsabilidad a los profesionales de la salud.

En el ámbito del derecho comparado encontramos dos nuevas tendencias que, si bien aún no se presentan a nivel jurisprudencial en Colombia, sí denotan que esta propensión hacia la mayor exigencia de responsabilidad a los profesionales de la salud no es exclusiva de nuestro país. La primera de dichas tendencias se refiere a las indemnizaciones derivadas de los denominados *wrongful birth* o *wrongful life* y el adelantamiento de la protección penal de la vida mediante el delito de homicidio hacia el inicio de las contracciones uterinas, a lo cual nos referimos a continuación.

Hacemos referencia en primer lugar a *wrongful birth* y *wrongful life*. En el caso del *wrongful birth* se trata de procesos en los que los padres, debido a una deficiencia en la información por parte del profesional de la salud sobre el estado del feto, no pudieron ejercer su derecho al aborto. El desarrollo de estas reclamaciones ante los Tribunales surge en los Estados Unidos en la década de los setenta en la que mejoran las posibilidades de los diagnósticos prenatales y en la que se establece el sistema de plazos para el delito de aborto a partir de la célebre sentencia de la Corte de California del año 1976.

Esta tendencia originada en los Estados Unidos se extiende a Europa a finales del siglo XX y hoy en día encontramos sentencias en España, Alemania, Francia y Holanda al respecto.

La jurisprudencia española se ha pronunciado sobre este tipo de casos, como sucedió en la sentencia del 6 de junio de 1997, Sala Civil del Tribunal Supremo, en la que ante una situación derivada de un diagnóstico de alto riesgo para la gestante y el menor se prescribe la realización de una prueba de amniocentesis. La prueba fracasó y ello no se le comunicó a la gestante sino hasta dos meses después, cuando ya estaban vencidos los plazos para la interrupción del embarazo. La madre da a luz un niño afectado por el síndrome de Down. El Tribunal Supremo condenó al servicio de salud a indemnizar a la madre.

Como lo señala acertadamente el Tribunal Supremo, lo que se indemniza en estos casos –*wrongful birth*– no es el nacimiento *per sé* sino que lo indemnizable es la privación del derecho a optar si se produce o no el nacimiento (sentencia del 4 de febrero de 1999). En igual sentido, el Tribunal Supremo español, Sala de lo Civil, en Sentencia del 19 de julio de 2007, se ocupa de un caso en el que una paciente, con 41 años de edad y con antecedentes familiares de síndrome de Down, acude al médico para solicitarle practicar las pruebas necesarias para detectar la presencia de una anomalía cromosómica que determinase la gestación del niño con este síndrome, caso en el cual manifestó su intención de interrumpir el embarazo. Se convino en la práctica de amniocentesis que arrojó la normalidad de la criatura por venir, razón por la cual la madre continuó la gestación. Al momento del nacimiento, se establece que el niño sufre síndrome de Down por lo que los padres demandan al profesional de la salud para que los indemnice por la deficiencia en la información a lo largo del acto médico. El Tribunal condena al médico por haber privado a los padres de la posibilidad de interrumpir el embarazo.

Claramente esto solo será posible en aquellos regímenes en los que se aplica el sistema de plazos en el aborto, sistema que, como es sabido, aparece en la célebre sentencia del Estado de California de 1976. En regímenes como el colombiano donde no se entiende el aborto como un derecho por ser inaplicable el sistema de plazos, pronunciamientos como éstos, por ahora, no se vislumbran.

En el caso del *wrongful life*, se trata de una demanda impetrada por el hijo –que usualmente obrará representado por sus padres por lo que no es insólito que en un mismo suceso se planteen demandas por parte de los padres (*wrongful birth*) y del hijo (*wrongful life*)– en contra del profesional de la salud por haber nacido con una anomalía no detectada por parte del profesional de la salud en los exámenes prenatales, o, habiéndolas detectado, el facultativo no informó a sus padres sobre la existencia de las mismas, de manera que, si el médico no hubiese cometido esta omisión en el deber de información, la criatura no habría nacido y no estaría soportando el sufrimiento propio de su enfermedad.

Se trata de casos en los que no se le imputa al médico la anomalía, sino la omisión en detectarla o transmitirla a los padres lo cual hace que el niño tenga que llevar una vida de sufrimiento. En estos casos el monto indemnizable corresponderá a los daños económicos que suponen el llevar una vida enferma

y el hecho mismo de haber nacido, pues quien demanda considera que hubiera sido mejor para él jamás haber nacido y por ende no tener que vivir en sus condiciones.

Una de las sentencias más importantes sobre el *wrongful life* es la proferida por la Sala de Casación Civil francesa, del 17 de noviembre de 2000. Se trata de un caso en el que un joven llamado Nicolás Perruche, quien nació discapacitado, acudió a la jurisdicción para reclamar una indemnización basado en que su madre sufrió de rubeola durante el período de gestación y, por un error en los exámenes, los médicos no informaron a la gestante sobre su enfermedad y los riesgos para el menor, sino que la instaron a continuar con el embarazo, impidiéndole su derecho al aborto. En la medida en que la madre no conocía los riesgos para la salud del menor, no interrumpió el embarazo, lo cual conllevó que la vida del menor Nicolás estuviera marcada por el padecimiento de diversas dolencias físicas.

Como podrá apreciarse, las sentencias por *wrongful birth* y *wrongful life* constituyen una muestra más de la progresiva exigencia de responsabilidad, pues claramente estamos frente a categorías jurídicas previamente inexistentes creadas para proteger a los pacientes y para establecer una mayor exigencia y unas consecuencias directas a la infracción del deber de información por parte de los profesionales de la salud.

Por último en este aparte, especial atención merece el adelantamiento del momento en que penalmente inicia la protección de la vida a través del delito de homicidio y la consecuente finalización de la protección de la vida mediante el delito de aborto como una muestra más del incremento de los niveles de exigencia de responsabilidad a los profesionales de la salud.

La concepción tradicional sostiene que la vida inicia con la concepción y la protección penal de la misma se realiza mediante el tipo de aborto a partir de la anidación y hasta la separación del feto de la madre añadiendo la respiración por parte de aquel como requisito para el inicio de la protección de la vida mediante el tipo de homicidio.

En palabras del Tribunal Supremo español, Sala de lo Penal (sentencia del 26 de octubre de 1996), para estas concepciones, la diferencia entre la expectativa de vida y la vida propiamente dicha se da con *“la separación completa del cuerpo de la madre mediante el corte del cordón umbilical”*. En esta misma

sentencia, afirma el Supremo que *“este punto de vista es producto de la noción de la vida del siglo XIX. De acuerdo con ella el nasciturus sólo tenía una esperanza de vida, pues ésta era caracterizada por la respiración autónoma del recién nacido. Es sumamente discutible que este punto de vista se corresponda con los conceptos biológicos o con los jurídicos actuales, pues biológicamente es claro en la actualidad que la vida existe desde el momento de la concepción y jurídicamente es protegida hasta el comienzo del nacimiento como vida humana en germen”*, para posteriormente, en otro pronunciamiento, adelantar la barrera de protección de la vida mediante la incriminación a través del delito de homicidio a partir de las contracciones uterinas en el célebre pronunciamiento del 22 de enero de 1999, en el que señala que la vida se protege mediante el delito de homicidio una vez se han producido *“en el organismo de la madre las contracciones de dilatación del útero, tendentes a la expulsión”*.

Sistemas como el colombiano y el español incriminan de menor manera el aborto que el homicidio cualquiera sea la justificación que para ello se argumente, de manera que, al adelantar la barrera de protección del bien jurídico vida formada mediante el tipo de homicidio, las consecuencias para el profesional de la salud se hacen más drásticas en el evento en que se causen lesiones o la muerte de quien está naciendo. En efecto, si tomásemos la concepción tradicional, esto es, que la vida inicia con la separación del menor de la madre, en el caso en que el fallecimiento de la criatura se produjese en las fases previas al alumbramiento o en maniobras propias del alumbramiento, esta situación sería penada mediante el delito de aborto, mientras que con la nueva concepción se sanciona a través del delito de homicidio, cuya pena, por supuesto, es mayor a la del aborto.

En el caso colombiano la situación es aún más importante, pues lamentablemente nuestro sistema no tipifica como el español el delito de aborto culposo, sancionando si las lesiones imprudentes al *naciturus* (de manera que para nuestro legislador es más grave lesionar imprudentemente –punible– al feto que causarle la muerte de manera culposa –impune–) Así pues, que al adoptar esta tesis, que ya está asentada en otros sistemas legales en nuestro medio, la muerte ocasionada al feto pasadas las contracciones uterinas sí sería punible a título de homicidio culposo, mientras que, con la concepción clásica serían impunes al –insisto– no estar tipificado el aborto culposo.

En conclusión, es notoria la tendencia a exigir cada vez más una mayor responsabilidad a los médicos, tendencia que no solamente se aprecia en el caso colombiano sino que también se encuentra presente en Estados como España, donde el Código Penal de 1995 introdujo nuevos delitos específicos aplicables a la actividad médica y la jurisprudencia igualmente ha realizado pronunciamientos que exigen una mayor responsabilidad a los médicos.

III

Sabido es que uno de los más importantes avances de la ciencia del derecho penal en punto de la teoría del delito es la adopción de criterios normativos de imputación y la consecuente superación de los criterios subjetivos imperantes hasta la segunda mitad del siglo XX por cuenta de las corrientes ontológicas del delito.

En efecto, en épocas pasadas la estructura misma del delito gravitaba sobre conceptos ontológicos, como lo eran la causalidad entendida en términos naturalísticos o la intención concebida en términos psicológicos como lo sostenía el finalismo.

Las dificultades que uno y otro esquema presentaron para resolver ciertos problemas puntuales en la teoría del delito determinaron el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva como un esquema capaz de resolver de una manera sistemática los casos que se plantean en los tribunales penales.

Una teoría jurídica, cualquiera que sea debe siempre propender por la solución armónica y previsible de los casos. Éste y no otro es el valor más importante de la dogmática, en tanto que nos permite contar con sistemas igualitarios, en los que las soluciones a los casos que se ventilen ante los despachos judiciales se resuelvan de acuerdo con criterios objetivos y de una misma manera para todos los ciudadanos, y serán sistemas judiciales previsibles, de manera que quienes acudan a ellos podrán, de antemano, prever los resultados del caso que se encuentra al conocimiento de los jueces.

La teoría de la imputación objetiva consideramos que supone un gran avance para la ciencia del derecho penal, en la medida en que nos permite contar con referentes normativos para establecer la posibilidad de atribuir o no resultados a quienes causalmente los ocasionan, tornando el sistema en previsible e igualitario, que, insistimos, son los fines de la dogmática penal.

Por supuesto que se trata de una teoría que, como veremos, no está exenta de críticas, y muchas de sus instituciones están aún en desarrollo, pero entendemos que representa una manera correcta de resolver los casos que se presentan ante los tribunales, por lo que bien vale la pena referirnos a ella de manera extensa.

En el apartado anterior mostramos la tendencia hacia una mayor exigencia de responsabilidad para los profesionales de la salud, lo cual ha conllevado en muchas ocasiones el replanteamiento de tesis sobre el delito y el surgimiento de nuevas categorías. Consideramos que la teoría de la imputación objetiva permite establecer las bases de un sistema racional y previsible que resuelva de la mejor manera todos los problemas que en materia de derecho penal médico se presenten ante los tribunales.

En efecto, al ser un sistema dogmático relativamente desarrollado y al contar con categorías que permiten explicar, de manera coherente y sistemática la imputación de resultados lesivos a profesionales de la salud, o la negación de la misma en casos concretos, entendemos que es necesario determinar los rendimientos que esta teoría puede presentar en el ámbito de la prestación de los servicios de salud en desarrollo de la cual se ocasionan resultados lesivos para los pacientes.

Consideramos que una teoría, que permita establecer con criterios objetivos, impersonales y científicamente sustentables, los eventos en que un resultado puede ser atribuible al profesional de la salud que causalmente los ocasionó, es una necesidad real de los sistemas jurídicos, no solo por que permite la exclusión de responsabilidad y la consecuente reducción de la operatividad del sistema penal mediante criterios científicamente sustentables, sino porque su intervención en estos eventos mediante la imputación del resultado cuando a ello haya lugar de acuerdo con esta teoría obedecerá no a la necesidad de *salvaguardar* o *defender* al paciente, que siempre será la parte débil del acto médico, sino a criterios normativos precisos y predecibles para los profesionales de la salud.

Proponemos en este trabajo un sistema de responsabilidad penal médica en el que la teoría de la imputación objetiva resuelva todos los casos que se presenten, insistimos, mediante criterios normativos y predecibles, para lo cual entendemos es necesario realizar una exposición completa sobre lo que cons-

tituye esta teoría y sobre el acto médico sobre la base de casos resueltos por la jurisprudencia de los diferentes Estados.

En concreto, diremos que en este trabajo nos ocupamos de las posibilidades de aplicación y de los rendimientos que la teoría de la imputación objetiva puede alcanzar en materia de responsabilidad médica, de forma tal que se combinen dos elementos de gran actualidad en la dogmática jurídica colombiana. Así mismo, pretendemos con este estudio aportar nuevos elementos de análisis que permitan dar luces a todos los interesados en casos de responsabilidad médica en nuestro país.

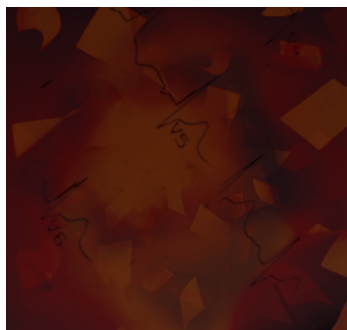
El objetivo central de este trabajo es el de explicar la teoría de la imputación objetiva y mostrar los rendimientos que puede alcanzar en materia de responsabilidad penal médica. El método empleado para el presente trabajo es el de una investigación documental, en la que se incluyeron numerosos ejemplos algunos tomados de la jurisprudencia y otros de nuestra invención a fin de facilitar su explicación y para demostrar la aplicación de la teoría de la imputación objetiva en materia de responsabilidad médica.

Para lo anterior, iniciamos con una explicación de la Teoría de la Imputación objetiva (Capítulo I), para posteriormente analizar sus elementos, como lo son la creación de riesgos (Capítulo II) y su realización en resultados lesivos (Capítulo III). Posteriormente (Capítulo IV) nos ocupamos de algunos supuestos especialmente problemáticos tanto en la doctrina como en la praxis judicial sobre responsabilidad médica que pueden resolverse mediante la aplicación coherente de la teoría de la imputación objetiva para, por último, ocuparnos de la posición de garante de los profesionales de la salud (Capítulo V) y la problemática del delito de omisión en la responsabilidad penal del médico.

Quisiera, antes de iniciar, agradecer a todas las personas que hicieron posible esta investigación, iniciando por mis papás a quienes adoro por sobre todo, a la Universidad del Rosario, Claustro donde recibí la educación que hizo posible mi formación como abogado y donde conocí a mis mejores amigos, y a la Universidad Autónoma de Madrid que, en cabeza de los Profesores Enrique Peñaranda, Jorge Barreiro y, muy especialmente, a quien ostentó la posición de garante durante mi estancia en España, el Maestro Manuel Cancio Meliá, –Maestro en todo el sentido de la palabra y con quien tengo una deuda intelectual y profesional realmente impagable– me acogieron de la mejor ma-

nera y me hicieron sentir siempre en casa a pesar de la distancia de mi amada Colombia. No podría, por supuesto, proseguir sin agradecer a mi Maestro, el Profesor Yesid Reyes Alvarado toda su paciencia y dedicación así como sus innumerables enseñanzas.

A Zeppelin, a los Stones y a Van Halen agradezco su compañía durante los años en que duró esta investigación y en los que, por ellos, comprendí la infinidad de la grandeza creadora del ser humano.



Esta obra busca plantear una tesis que permita explicar, de manera sistemática y dogmáticamente fundamentada, la atribución de responsabilidad penal a los profesionales de la salud, a partir del análisis de sentencias de diferentes países, aplicando la moderna teoría de la imputación objetiva.

La presente obra es un tratado de responsabilidad penal médica que explica la teoría de la imputación objetiva, su concepto, fundamentos, corrientes actuales, posibilidades de aplicación, y la creación y realización de riesgos como elementos de la imputación objetiva y la forma como se deben aplicar los mismos en el ámbito de la responsabilidad médica. El texto finaliza presentando la posición de garante del profesional de la salud.

